

DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS*

Rafael de Asís Roig
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Los derechos en la Constitución. 2. Los derechos en la Democracia. 3. La relevancia de la concepción sobre los derechos.

El fenómeno de la positivación de los derechos, esto es, de su juridificación o, por decirlo con otras palabras, de su incorporación al Derecho, no es reciente. Tampoco lo es el de la aparición de las constituciones ni el de la Democracia. Sin embargo, no puede negarse que se trata de temas que, en la actualidad, y seguramente también en el futuro, presentan problemáticas y singularidades que provocan su continuo tratamiento.

Mi contribución a estas Jornadas va a tratar, precisamente, algunos aspectos de esta relación, que pueden ser abordados desde los dos principales ámbitos iusfilosóficos, a saber, desde la Teoría del Derecho (encargada de plantear un concepto del Derecho válido) y desde la Teoría de la Justicia (encargada de indagar sobre el Derecho justo).

El proceso de positivación de los derechos expresa el paso de éstos desde su constitución como simples demandas éticas de justicia al mundo de lo jurídico¹. Este paso implicó, como no podría ser de otra forma, la dotación de una mayor fuerza o, si se prefiere, resistencia de estas demandas. Ahora bien, esta resistencia dependía, y aún hoy depende, del alcance y significado de esa juridificación y de los propios derechos. En efecto, la resistencia está sujeta, entre otras cosas, al valor jurídico que se quiera dar a las normas de derechos fundamentales y, por tanto, de su relación con el resto de las normas, con los poderes jurídicos y, cómo no, también, con los otros derechos. E igualmente está sujeta al significado de los derechos, esto es, a la posibilidad de determinar su sentido. Problema éste estrechamente relacionado con el anterior, y en donde la relevancia de la especificación de qué órganos son los encargados de exponer o "descubrir" este sentido de los derechos, adquiere una enorme relevancia.

* Este texto se corresponde con la ponencia que desarrollé bajo el mismo título en el marco de las Jornadas "La Democracia a debate", organizadas por el Seminario de Estudios sobre la Democracia de la Universidad de Jaén. Se enmarca dentro del proyecto de investigación "Democracia, derechos y nacionalismo" (BJU2000-0261-C03-02). Para su realización he contado también con una ayuda del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.¹ Sobre el proceso de positivación vid. PECES-BARBA, G. y otros., *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, págs. 156 y ss.

No cabe duda de que estas cuestiones dependen directamente de la forma de concebir los derechos, el Derecho, la Ética y la Política. En este sentido, estas reflexiones implican, por tanto, la adopción de un planteamiento que se desenvuelve en esos diferentes ámbitos².

Plantearé, en primer lugar, las consecuencias genéricas de la constitucionalización de los derechos, en segundo lugar, la relación, también genérica, entre los derechos y la Democracia, para, en último lugar, dar cuenta de algunos aspectos problemáticos de estas consecuencias y relaciones (de una manera, como no podría ser de otra forma, igualmente genérica).

1. LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN.

La Constitucionalización de los derechos, esto es, no ya su juridificación, sino su incorporación a las normas básicas de los sistemas jurídicos, permite que éstos, los derechos, puedan, en principio, desenvolver sus dos principales funciones: las llamadas funciones subjetiva y objetiva³. La primera se utiliza para dar cuenta del papel de los derechos como instrumentos garantizadores de la dignidad humana, o si se prefiere, como instrumentos que protegen la libertad de los individuos y de los grupos en los que estos se insertan. La segunda, por su parte, da cuenta del papel de los derechos como límites y, por qué no, también guía, de toda actuación jurídica que quiera ser considerada como válida. Pues bien, en lo que sigue, me referiré a esta función objetiva.

Como acabo de decir, la función objetiva da cuenta del papel que los derechos desempeñan en el ámbito de la actuación jurídica válida. En este sentido, permite considerar que toda producción normativa, toda interpretación, toda realización de un acto al que se le quiera atribuir consecuencias jurídicas, está sujeta al respeto de los derechos. La función objetiva expresa pues la constitución de los derechos como normas básicas materiales del sistema jurídico, lo que a su vez posee, al menos, tres grandes consecuencias.

La primera de ellas supone la consideración de los sistemas jurídicos como sistemas mixtos. Sabido es que Kelsen centraba la distinción entre los sistemas jurídicos y los morales en la consideración de los primeros como sistemas dinámicos y la de los segundos como sistemas estáticos⁴. Un sistema dinámico es aquel para el que la validez de las normas que lo contienen es una cuestión formal (órgano competente y procedimiento establecido), mientras que un sistema estático es aquel para el que la validez de

² Sobre la relación entre el Derecho, la ética y el poder, vid. PECES-BARBA, G., *Ética, poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995. También, LÓPEZ GARCÍA, JA. y DEL REAL, J.A., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, 2000.

³ Sobre la función objetiva y subjetiva en la teoría jurídica de los derechos vid. BARRANCO AVILES, M. C., *La Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000.

⁴ Vid. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pág. 204.

las normas que lo forman es una cuestión material (de contenido). Pues bien, la consti-tucionalización de los derechos y su función objetiva, conlleva la consideración de los sistemas jurídicos como sistemas mixtos, esto es, como sistemas estáticos y dinámicos⁵. La validez de las normas es una cuestión formal y material. Esto, qué duda cabe, incide en la creación, interpretación y aplicación del Derecho. La decisión válida en esos niveles no es sólo la aportada por un órgano competente en virtud de un procedimiento adecuado al Derecho sino, además, la que no contradice los derechos (incluso deberá ser la más favorable a éstos).

La segunda de las consecuencias, directamente relacionada con lo anterior, implica, ^dado el carácter de los derechos, lo que podríamos denominar como "moralización" del Derecho. En efecto, qué duda cabe que los derechos son instrumentos que protegen una serie de bienes de índole moral. Los derechos son instrumentos jurídicos que protegen bienes, necesidades o pretensiones éticas. Pues bien, su constitución en criterios de validez normativa tiene como consecuencia la instauración de la idea moral que representan como fundamento de validez del sistema jurídico. Los derechos constituyen criterios determinantes de la opción moral del sistema jurídico. Así, si proyectamos esta reflexión al campo de las relaciones entre el Derecho y la Moral, y desde el presupuesto de que todo sistema jurídico incorpora ciertas dimensiones de moralidad, que en el ámbito de la Teoría del Derecho se identifican con la moral legalizada, deberemos concluir señalando que los derechos incorporados en la Constitución establecen y determinan el campo de esta moral legalizada.

Frente a la moral legalizada está la moral crítica, es decir, aquellos criterios éticos que no están incorporados al Derecho. Ciertamente, al respecto, pueden manejarse dos tipos de planteamientos. Por un lado, aquel que entiende que se trata de criterios éticos que pretenden incorporarse al Derecho a través de la actuación de los operadores jurídicos, pero que necesariamente no están enfrentados a la moral legalizada. Por otro, aquel que considera que se trata de criterios que no son deducibles de los ya existentes y que por tanto, su inclusión en el Derecho exige alterar los criterios identificadores de la moral legalizada. La distinción anterior supone entender que los criterios éticos no incorporados (la moral crítica), o bien son susceptibles de deducir de los ya incorporados, constituyendo, por tanto, criterios implícitos en el Ordenamiento, o bien están en contraposición con los ya existentes.

La tercera de las consecuencias supone la extensión de los derechos al ámbito privado. Sabido es que en relación con el problema de la presencia de los derechos en las relaciones entre particulares existen tres grandes teorías: la negadora, la directa y la indirecta⁶.

⁵ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1997.

⁶ Sobre el problema de los derechos en las relaciones entre privados vid. BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Los defensores de la teoría negadora se apoyan, por lo general, en el valor de la autonomía individual dentro del ámbito de las relaciones entre privados. Se trata del valor que preside ese ámbito y que no puede ceder ante ningún otro. Ahora bien, esta posición resulta sumamente engañosa por varios motivos. Destacaré dos. El primero se mueve en el ámbito conceptual y surge de la gran relación existente entre autonomía y derechos o, dicho de otra forma, de la imposibilidad de hablar de autonomía individual sin protección de derechos ni de derechos sin protección de autonomía. El segundo de los motivos se mueve en el ámbito jurídico y subraya la distinción entre lo jurídico y lo no jurídico. Así, una cosa es que, por ejemplo, puedan darse pactos entre privados que consistan en transgresiones manifiestas de derechos (ejemplo de la integridad física) y otra cosa es que esos pactos tengan validez jurídica.

Por su parte, la teoría indirecta comparte con la anterior la negación de la proyección de los derechos en el ámbito privado. Sin embargo, eso no les lleva a negar cualquier incidencia. En efecto, los partidarios de esta teoría aceptan una proyección indirecta mediante el ejercicio de la función objetiva de los derechos. A través de esta función, los derechos se constituyen en criterios de validez de las normas de Derecho privado y de esta forma, de manera indirecta, también de los actos. Los derechos son límites al Poder y, por tanto, directamente afectan a aquellos que elaboran normas.

Por último, la teoría directa sí que defiende la validez de los derechos en el ámbito privado. Los derechos no sólo se proyectan en las normas sino también en los actos privados.

Como podrá observarse, la constitucionalización de los derechos, desde la atención a la función objetiva, tiene como consecuencia la adopción de alguna de las dos teorías últimas. Más en concreto, parece reconocer la virtualidad de la teoría indirecta. No obstante conviene aquí hacer alguna precisión. Llevaré a cabo dos. La primera advierte de lo artificioso de la distinción entre esas dos teorías, máxime si además, como sucede en el ámbito de la teoría del Derecho, se atribuye valor normativo a los contratos (aspecto este que no trataré aquí). En efecto, la distinción es artificial porque a efectos de la protección de un derecho, ambas teorías llevan a la misma consecuencia, asumiendo el papel que estos desempeñan en el ámbito privado. La única diferencia entre ambas consiste en la determinación del camino procesal o del recurso procesal a seguir. La segunda de las precisiones tiene que ver con lo que podríamos denominar como el fondo de ambas teorías. Aunque como acabo de decir esa distinción sólo implica el establecimiento de diferentes técnicas procesales de garantía de los derechos, conviene reconocer como los defensores de una u otra se diferencian precisamente por la concepción de los derechos que manejan. Más adelante me referiré precisamente a esta cuestión.

⁷ Vid. al respecto ASÍS, R. de., *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995. También, PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y ASÍS, R. de., *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

2. LOS DERECHOS EN LA DEMOCRACIA.

No resulta exagerado afirmar que la positivación de los derechos coincide con la exaltación de la Democracia como forma óptima de gobierno. Ahora bien, esta coincidencia se produce con un determinado tipo de Democracia, que podemos denominar como "moderna". Evidentemente, la Democracia es un fenómeno anterior, en lo que a la plasmación jurídica se refiere, a los derechos. No obstante, también es cierto que, lo que he denominado como Democracia "moderna", se configura al hilo de la juridificación de los derechos.

Los derechos aparecen en la historia como límites y barreras al Poder político. En principio se trata de un Poder absoluto pero en la teoría, al menos en las construcciones pactistas, esta fórmula vale en general.

En todo caso, como ya he señalado en otro lugar⁸, esta idea debe ser matizada al menos en tres sentidos que, con un juego de palabras podríamos denominar como "limitado límite", "límite delimitado" y "limitador limitado".

El limitado límite sirve para dar cuenta de cómo los derechos, a pesar de ser concebidos como verdaderos límites al poder, necesitan para su configuración jurídica el reconocimiento de éste. No se trata así de figuras que planteen de forma absoluta una barrera a la actuación del poder ya que depende de éste su realización.

Por su parte el límite delimitado viene a significar que, aunque los derechos fundamentales se quieran presentar como límites al poder, esto no tiene por qué implicar en todos los casos que la realización del sentido de estos derechos exija la abstención y la no interferencia del Estado. En ocasiones ocurre todo lo contrario. Un buen ejemplo de ello está constituido por los derechos prestacionales.

Por último, el limitador limitado subraya que los derechos fundamentales no deben ser planteados de forma exclusiva como límites al poder político, sino también como límites a una serie de poderes privados, tanto de grupos como de individuos, que pueden afectar peligrosamente a su realización.

Ciertamente, en parte y al menos en lo que se refiere a las dos primeras matizaciones, estos problemas se aminoran siempre y cuando el Poder de que se trate sea de tipo democrático. En efecto, aunque esas matizaciones deben ser siempre tenidas en cuenta, este tipo de Poder es, por un lado, más permeable a la autolimitación y, por otro, dota a priori de una mayor legitimidad a las medidas delimitadoras. Incluso, esta última observación podría extenderse también a la tercera de las matizaciones.

Pero de cualquier forma, los derechos se presentan como límites al Poder democrático y, en este sentido, son instrumentos de control de la decisión democrática.

Vid. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2000.

Precisamente, unos de los rasgos que permiten caracterizar a los derechos y que fue aludido al comienzo, el de la resistencia, se proyecta en este tema en el sentido de presentar a los derechos como instrumentos resistentes frente a la decisión democrática. En este sentido, los derechos y, por tanto, la Constitución que los contiene, limitan la actuación del Poder.

3. LA RELEVANCIA DE LA CONCEPCIÓN SOBRE LOS DERECHOS.

Como señalé al comienzo, el papel de los derechos en la Constitución y su relación con la Democracia, están condicionados por la concepción que se maneje de los mismos. En este punto, adquieren relevancia dos tipos de cuestiones estrechamente relacionadas y que denominaré como la cuestión de la determinación y la de la sustancialidad.

La cuestión de la determinación también podría ser denominada como cuestión semántica de los derechos y, en definitiva de las normas de derechos fundamentales. Este problema está directamente relacionado con el problema de la interpretación de la Constitución y, por tanto, también, con la distinción entre reglas y principios⁹.

Como es sabido, uno de los tópicos utilizados para diferenciar la interpretación constitucional de la interpretación jurídica en general consiste en señalar cómo los enunciados constitucionales poseen una estructura de principio. Pues bien, independiente de que este tópico no me parezca acertado desde un punto de vista general (ya que ni los principios es algo que aparezca sólo en las constituciones ni su diferenciación con las reglas es de tipo estructural), sí que es cierto que, normalmente, las normas de derechos fundamentales constituyen normas principiales que se caracterizan por su alto grado de indeterminación o vaguedad.

A estos efectos, en relación con la indeterminación de las normas constitucionales, es posible diferenciar entre normas que se refieren predominantemente a aspectos formales y normas que se refieren predominantemente a aspectos sustanciales. Esta distinción difiere, por ahora, de otra que más adelante realizaré y que se proyecta en la teoría de los derechos. Me refiero ahora, más bien, a la idea de la Constitución como norma básica del sistema en donde se recogen cómo y quién puede decidir de forma válida (aspectos formales), y qué es lo que puede decidir (aspectos sustanciales). Pues bien, el problema de la indeterminación afecta principalmente, aunque no exclusivamente, a

⁹ No es extraño así que una de las concepciones sobre los derechos más relevantes en la actualidad los conciba como "triumfos frente a la mayoría". Vid. en este sentido DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona 1984.

¹⁰ Sobre la distinción entre principios y reglas vid. PRIETO, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; del mismo autor, *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 7, Dykinson, Madrid 1998; DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 61 y ss.; ALEXANDER, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, págs. 81 y ss.; PECES-BARBA, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, págs. 418 y ss.

este segundo tipo de normas constitucionales que, precisamente, son las que contienen derechos.

Y respecto a estas normas, pueden mantenerse tres tipos de posturas. La de la indeterminación total ("la pesadilla"); la de la determinación total ("el noble sueño"); y la de la indeterminación relativa ("la vigilia")¹¹.

Estas tres diferentes posturas se relacionan con el problema de la discrecionalidad interpretativa¹². Así, la defensa de la indeterminación total tiene como consecuencia la existencia de discrecionalidad máxima en el órgano que decide. Por su parte, la defensa de la determinación total tiene como consecuencia la inexistencia de discrecionalidad. Por último, la postura relativa implica la existencia de lo que podríamos considerar como discrecionalidad también intermedia o relativa. Ciertamente, esta última postura puede implicar a su vez dos cosas. La primera, supone que las normas de derechos fundamentales presentan zonas de certeza y zonas de incertidumbre; la segunda, que existen normas de derechos fundamentales determinadas y normas de derechos fundamentales indeterminadas. Vistas así las cosas, este planteamiento implica la adopción, según los casos, de la defensa de la determinación o de la indeterminación, y por tanto, de la existencia de discrecionalidad o de la inexistencia de discrecionalidad. En este sentido, en definitiva, el planteamiento se reconduce a alguno de los otros dos, si bien, una constante suya es la apelación a la razonabilidad como fundamento de la decisión, aspecto éste sobre el que me detendré más adelante.

En todo caso, la que he denominado como cuestión de la determinación se proyecta también en la cuestión sobre la moral legalizada que aludí antes en mi intervención al tratar las consecuencias de la constitucionalización de los derechos. En efecto, la defensa de la indeterminación total implica asumir que el intérprete plasma en su decisión su moralidad (o la que considera pertinente) siempre aduciendo que se trata de la que establece el Derecho. Por su parte, la defensa de la determinación total implica asumir que el intérprete plasma en su decisión la moralidad del Derecho (independientemente de que pueda parecer dudoso que eso sea así, y que no esté incluyendo realmente su moralidad). Por último, la defensa de la indeterminación relativa implica asumir alguna de las posiciones anteriores o ambas a la vez.

En este sentido, la defensa de uno u otro planteamiento puede dejar sin sentido (es el caso de la defensa de la indeterminación total) o problematizar ampliamente (es el caso de la indeterminación relativa) la distinción antes efectuada entre moral legalizada y moral crítica. Pero además, puede llegar a desmentir la caracterización de los sistemas jurídicos como sistemas mixtos y, a través de ellos, la idea de la Constitución y los derechos como límites al Poder.

¹¹ Vid. esta forma de identificarlas en HART, H.L.A., "Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", trad. de J.J. Moreso y P. E. Navarro, en *El ámbito de lo jurídico*, de POMPEU CASANOVAS Y MORESO MATEOS (Eds.), Crítica, Barcelona, 1994. Págs. 327 y ss.

¹² Vid. mi trabajo "Argumentación y derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 2, Jaén, 1999.

En efecto, la defensa de la indeterminación total implica vaciar de referentes sustantivos a la decisión sobre la validez normativa, dejando a ésta reposar única y exclusivamente en aspectos formales. En otros términos, la decisión válida es la declarada por el órgano competente. Y lo mismo ocurre con la defensa de la indeterminación relativa, en lo que se refiere a las zonas de incertidumbre que asume. Sólo cabría esta consideración, la del carácter mixto del sistema jurídico, defendiendo la determinación.

Ahora bien, ¿qué supone la defensa de la determinación en el ámbito de los derechos y, en definitiva, en el ámbito de las normas básicas materiales? Considero que ante todo supone la apertura del Derecho a referentes extrajurídicos y, por tanto, da cuenta de la dificultad de su defensa desde el positivismo jurídico. En todo caso, hay dos grandes posiciones detrás. Por un lado, aquella que asume que esos referentes extrajurídicos constituyen un conjunto de parámetros éticos que funcionan a la manera de un Derecho natural; por otro, aquella que simple y llanamente considera a esos referentes como criterios extraídos del lenguaje, o mejor, de la lengua en la que se expresa el Derecho, que no puede considerarse como completamente indeterminada.

Como he señalado, estas dos posiciones pueden enfrentarse al positivismo jurídico. Ahora bien, mucho más la primera que la segunda. En efecto, como ya he señalado, la primera de las posiciones vendría a declarar la validez normativa de una decisión sobre derechos por su concordancia con una determinada idea de moralidad (pública o privada). En cambio, la segunda podría escudarse en un requisito propio de cualquier sistema jurídico, incluso en lo que en otro lugar he denominado como un rasgo de lo jurídico³, como es la exigencia de corrección semántica. El Derecho se expresa a través de una lengua, y ésta utiliza términos que poseen un significado en ocasiones controvertido pero no siempre controvertido. A estos efectos, tal vez sería difícil establecer una total determinación de los derechos, pero sería ilógico hablar de total indeterminación. En otros términos, tal vez sea difícil señalar qué es lo que dice una norma de derechos fundamentales, pero no lo es tanto señalar qué es lo que no dice. Por otro lado, establecer la total indeterminación del lenguaje tendría igualmente consecuencias en el funcionamiento del sistema jurídico a través de criterios formales, al poder ser estos también indeterminados. Así, en definitiva, la total indeterminación no sólo desmentiría el carácter mixto sino, también, la consideración del Derecho como sistema dinámico. Incluso podría llevar a rechazar la consideración del Derecho como sistema. El Derecho descansaría única y exclusivamente en la capacidad de coacción (física o psicológica) de quien decide.

Así las cosas, el positivismo jurídico podría defender la consideración del Derecho como sistema mixto acudiendo a esa exigencia del lenguaje. Ciertamente se trata de un rasgo integrado en el positivismo. En efecto, el positivismo jurídico es un planteamiento que expresa una determinada concepción del Derecho que se caracteriza por considerarlo como una técnica de control social, compuesta por un sistema de normas conectado aleatoriamente con la moral y presidido por un criterio de validez normativa de índole formal. Pues bien, entre los rasgos que permiten considerar al Derecho como

Vid. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, 2000.

una técnica de control social está el de la claridad, entendida como posibilidad de asignar significado a las normas.

Mas allá de lo anterior, el positivismo sólo puede dar cuenta del carácter mixto del sistema jurídico desde la diferenciación entre validez y corrección. Así, una norma constitucional, una decisión jurídica en el nivel constitucional, será válida si ha sido producida por quien posee competencia para ello, esto es, por quien tiene atribuida la competencia para decir la última palabra al respecto. En cambio, una norma constitucional, una decisión jurídica en el nivel constitucional, será correcta si concuerda con una serie de criterios deducibles de una determinada concepción suprajurídica de los derechos. Siendo conscientes de que estos criterios pueden tener carácter formal o material.

En todo caso, lo anterior da cuenta de la existencia de decisiones válidas pero incorrectas, pero, sobre todo, de la importancia que tiene la determinación del órgano que tiene que decidir y, en su caso, su composición. Igualmente lo anterior da cuenta de la importancia que tiene la razonabilidad en el ámbito de la decisión constitucional. En efecto, si asumimos la existencia de ámbitos de indeterminación, y la relevancia que tiene la actuación del órgano que decide al actuar sin sujeción a referentes normativos, cobra especial relieve la fijación de criterios de racionalidad y razonabilidad. Estos criterios, especialmente los segundos, confirman la relevancia que en estos problemas posee la concepción de los derechos que se maneja, pero, además, la importancia del logro de decisiones que presumiblemente sean aceptables por la comunidad¹⁴.

Pero, como señalé antes, existe otra cuestión relevante en este tema que denominé como de la sustancialidad. Se trata de un tema que está estrechamente relacionado con el anterior y que, precisamente, sirve para dar cuenta de dos concepciones diferentes de los derechos. La cuestión de la sustancialidad hace referencia a la posibilidad de manejar una teoría procedimental de los derechos o una teoría sustancial.

En términos muy genéricos, una teoría procedimental de los derechos es aquella que los considera como instrumentos determinantes de la forma en la que deben ser tomadas las decisiones; mientras que una teoría sustancial de los derechos es aquella que los considera como criterios para evaluar el contenido de las decisiones.

Esta distinción se proyecta en la idea de Democracia y en la diferenciación entre Democracia procedimental y sustancial. En efecto, aunque normalmente esta diferenciación se hace para separar la "Democracia sin derechos" de la "Democracia con derechos", no creo que pueda hablarse de forma correcta de Democracia sin derechos. La Democracia necesita de los derechos, si bien éstos pueden ser entendidos de manera formal o procedimental, esto es, como constitutivos de la Democracia y, por tanto,

¹⁴ Lo que en definitiva permite dar cuenta del carácter institucionalizado del Derecho, cuestión ésta que excede el propósito de esta intervención.

¹⁵ Vid. esta distinción en ASÍS, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.

determinantes del proceso democrático, o de manera sustancial, esto es, como condicionantes de los contenidos posibles de las decisiones democráticas.

Y estas dos formas de entender los derechos afectan a su constitución como límites incluso frente a la Democracia. Desde el primer punto de vista los derechos limitan a la democracia pero en lo referente al proceso de toma de decisiones (de manera principal); desde el segundo, además, y principalmente, en lo referente al contenido de la propia decisión. El control de la Democracia desde los derechos afectaría, en el primer caso, de manera principal, al examen de la existencia de procedimientos democráticos presididos por los derechos, mientras que en el segundo, principalmente, al resultado de la decisión¹⁶.

¹⁶En este punto surgen cuestiones relevantes tales como la consideración de la Constitución como precompromiso, la configuración de la llamada democracia dualista, el patriotismo constitucional o la democracia deliberativa, cuyo tratamiento dejo para otro momento.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1997.
- ASÍS, R. de, *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- "Argumentación y derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 2, Jaén, 1999.
- *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2000.
- *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, Madrid, 2000.
- *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.
- BARRANCO AVILES, M. C., *La Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000.
- BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- HART, H.L.A., "Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", trad. de J.J. Moreso y P. E. Navarro, en *El ámbito de lo jurídico*, de POMPEU CASANOVAS Y MORESO MATEOS (Eds.), Crítica, Barcelona, 1994.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.
- LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL, J.A., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, 2000.
- MORESO MATEOS, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- PECES-BARBA, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y ASÍS, R. de., *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PRIETO, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 7, Dykinson, Madrid, 1998.